

# Het verbod op mentholsigaretten in de interne markt - Zaak C-358/14

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2016). Het verbod op mentholsigaretten in de interne markt - Zaak C-358/14. *SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 64(7-8), 358-364.

## Document status and date:

Published: 01/01/2016

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

EAB. Vermeldt het EAB geen nationaal aanhoudingsbevel, dan moet de uitvoerende rechterlijke autoriteit echter eerst bij de uitvaardigende rechterlijke autoriteit na gaan of een van het EAB te onderscheiden en voorafgaand nationaal aanhoudingsbevel bestaat alvorens te besluiten om geen gevolg te geven aan het EAB.

- 22 HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, r.o. 106 (N.S.).
- 23 *Aranyosi en Căldăraru*, r.o. 85-87.
- 24 EHRM 7 juli 1989, 14038/88, § 88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).
- 25 N.S., r.o. 105.
- 26 Zie EHRM (Grote kamer) 4 november 2014, 29217/12, § 104 i.v.m. § 52 (*Tarakhel/Zwitserland*).
- 27 *Aranyosi en Căldăraru*, r.o. 94.
- 28 *Soering/Verenigd Koninkrijk*, § 91.
- 29 EHRM 17 januari 2012, 9146/07 en 32650/07, § 120 (*Harkins en Edwards/Verenigd Koninkrijk*).
- 30 EHRM (Grote kamer) 21 januari 2011, 30696/09, § 365-368 (*M.S.S./België en Griekenland*).
- 31 *Aranyosi en Căldăraru*, r.o. 86. Dat blijkt ook uit de Toelichtingen bij art. 6 Handvest: *PbEU* 2007, C 303/18.
- 32 Vgl. HvJ EU 15 februari 2016, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, r.o. 77 (*J.N.*).
- 33 Zie bijv. HvJ EU 18 december 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, r.o. 47 (*Abdida*); HvJ EU 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:852, r.o. 70 (*WebMindLicenses*); (*J.N.*), r.o. 77-81.
- 34 Zie bijv. EHRM 23 oktober 2014, 17239/13, § 133 (*Mamazhonov/Rusland*).
- 35 Zie bijv. EHRM (Grote kamer) 23 maart 2016, 43611/11, § 113 (*F.G./Zweden*).
- 36 Zie bijv. EHRM 4 september 2014, 14010, § 116 (*Trabelsi/België*).
- 37 Zie bijv. EHRM 6 januari 2015, 62176/14 (*Aswat/Verenigd Koninkrijk*).
- 38 Zie bijv. *Mamazhonov/Rusland*, § 134.
- 39 *PbEU* 2007, C 303/24.
- 40 Zie in deze zin Glerum 2013, p. 186-188.
- 41 ECLI:EU:C:2016:140, punt 45-48.
- 42 Glerum 2013, p. 188.
- 43 Inmiddels heeft A-G Bot in zijn conclusie in C-182/15 (*Petruhhin*) voorgesteld 's Hof's beslisschema uit het arrest *Aranyosi en Căldăraru* ook toe te passen bij toetsing aan art. 19 lid 2 Handvest in geval van *uitlevering* aan een *derde staat* (Rusland): ECLI:EU:C:2016:330, punt 81-83.
- 44 *Melloni*, r.o. 49; *Dworzecki*, r.o. 42.
- 45 Zo staat volgens het EHRM niet elke (dreigende) schending van art. 6 EVRM aan uitlevering in de weg, maar alleen een 'flagrant denial of a fair trial'. Zie bijv. EHRM 27 oktober 2011, 37075/09, § 113-116 (*Ahorugeze/Zweden*). A-G Sharpston heeft hantering van het criterium 'flagrant' afge- wezen, omdat dit begrip volgens haar te ongreepbaar en te strikt is: ECLI:EU:C:2012:648, punt 82-83 (*Radu*). Het Hof van Justitie kwam niet toe aan deze kwestie.
- 46 N.S., r.o. 82.
- 47 *Melloni*, r.o. 59 en 63; *Advies* 2/13, punt 192.
- 48 *Jeremy F.*, r.o. 58.
- 49 *Lanigan*, r.o. 38.
- 50 *Jeremy F.*, r.o. 46.
- 51 Overweging 8 van de preambule van Kaderbesluit 2002/584/JBZ.
- 52 *Jeremy F.*, r.o. 47.
- 53 In vergelijkbare zin *F.G./Zweden*, § 156.
- 54 Vergelijk *F.G./Zweden*, § 126.

- 55 Mr. dr. V.H. Glerum is stafjurist van de Kennisgroep Europees strafrecht en mensenrechten van de Rechtbank Amsterdam.

## 132 Het verbod op menthol- sigaretten in de interne markt

### Zaak C-358/14, Polen/Europees Parlement en Raad

Arrest van 4 mei 2016 (Tweede kamer), ECLI:EU:C:2016:323; conclusie van A-G J. Kokott van 23 december 2015, ECLI:EU:C:2015:848

*Harmonisatie – Algemeen verbod – Toegewezen bevoegdheden – Subsidiariteit – Proportionaliteit*

#### Inleiding en feiten

Richtlijn 2014/40/EU harmoniseert de nationaalrechtelijke bepalingen inzake de productie, presentatie en verkoop van tabaksproducten en trekt de oude harmonisatierichtlijn hieromtrent (2001/37) in. De rechtsbasis van de richtlijn was artikel 53 lid 1 en artikel 62 en 114 VWEU (vrijheid van vestiging, diensten en de harmonisatiebepaling). In het licht van deze rechtsbasissen zou verwacht worden dat de richtlijn als doelstelling heeft om het functioneren van de interne markt te verbeteren. De richtlijn zelf is hier echter niet helemaal duidelijk over zoals o.a. uit overweging 21 blijkt: '(...) de doelstellingen van deze richtlijn, namelijk de interne markt voor tabaks- en aanverwante producten beter te doen functioneren, met als uitgangspunt een hoog niveau van gezondheidsbescherming, met name voor jongeren.<sup>1</sup> De formulering lijkt hierbij te suggereren dat het uitgangspunt van gezondheidsbescherming ook een doelstelling op zich is. Zoals hierna zal besproken worden, blijft de vraag naar de eigenlijke doelstelling(en) van de richtlijn problematisch in het arrest van het Hof.

Richtlijn 2014/40/EU werd aangenomen om de oude richtlijn op een aantal punten te actualiseren. Een van die punten was het gebruik van additieven in tabaksproducten, dat niet geregeld was in Richtlijn 2001/37/EG en waarvoor verschillende lidstaten eigen regels hadden aangenomen. Hieromtrent bepaalt artikel 7 van de richtlijn dat de lidstaten het commercialiseren van sigaretten en roltabak (maar niet andere rookwaren) met een kenmerkend aroma moeten verbieden en de hiertoe genomen maatregelen ter kennis moeten brengen van de Commissie. De Commissie stelt per uit-

voeringshandeling uniforme procedures vast voor de lidstaten om te bepalen of een tabaksproduct onder het verbod moet vallen.

Daarnaast kan de Commissie (op verzoek van een lidstaat of op eigen initiatief) ook een uitvoeringshandeling vaststellen om te bepalen of een specifiek tabaksproduct een kenmerkend aroma bevat (en dus verboden moet worden). Wanneer drie verschillende lidstaten een bepaald tabaksproduct met kenmerkend aroma verboden hebben, kan de Commissie een gedelegeerde handeling aannemen die maxima vastlegt voor de specifieke additieven die het kenmerkend aroma produceren. Voor de tabaksproducten die onder het verbod vallen, maar nu reeds (ten minste) 3% van het verkoopvolume in hun productcategorie uitmaken (zoals menthol-sigaretten),<sup>2</sup> geldt er een overgangsregeling en gaat het verbod pas in vanaf mei 2020. De nieuwe richtlijn heeft nu reeds aanleiding gegeven tot verschillende zaken voor het Hof, net zoals de oude richtlijn. Zo zijn er prejudiciële vragen aan het Hof van de Britse administratieve rechter die verzocht werd de nationale overheid te beletten (een deel van) de richtlijn om te zetten<sup>3</sup> en heeft Polen een beroep tot nietigverklaring ingediend gericht op het annuleren van het verbod op mentholsigaretten dat vervat zit in artikel 7 van de richtlijn. In deze verschillende zaken, alle op dezelfde dag gewezen, werden gelijkaardige problemen opgeworpen. Om een en ander overzichtelijk te houden zal hierna enkel ingegaan worden op de zaak *Polen/Parlement en Raad*. In deze zaak betwistte Polen de geldigheid van het verbod tot commercialisering van mentholsigaretten (dat uit artikel 7 van de richtlijn voortvloeit) in het licht van de gebruikte rechtsbasis (artikel 114 VWEU), het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

#### Conclusie van A-G Kokott

##### *Toepassing van artikel 114 VWEU*

Met haar eerste middel heropende de Republiek Polen het klassieke debat m.b.t. de harmonisatiebepaling van artikel 114 VWEU. Voor zover nodig wordt eraan herinnerd dat dit artikel aan de gewone EU-wetgever de bevoegdheid geeft om 'maatregelen vast [te stellen] inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.' Omvat deze bepaling ook de bevoegdheid om een verbod op de commercialisering van bepaalde producten op te leggen? Na eerdere

rechtspraak (vgl. *infra*) van het Hof lijkt dit in beginsel geen probleem, iets wat Polen ook niet betwistte.<sup>4</sup> Het verbod was volgens Polen wel alsnog problematisch omdat de voorwaarden voor het gebruik van artikel 114 VWEU niet zouden vervuld zijn. Artikel 114 VWEU geeft de Unie immers geen algemene regulerende bevoegdheid,<sup>5</sup> maar kan enkel gebruikt worden indien de lidstaten een bepaald product (of een bepaalde dienst) verschillend reguleren (waardoor de doelstelling van een interne markt gefrustreerd wordt) of wanneer het te verwachten valt dat de lidstaten in de toekomst zulk divergent beleid zullen uitwerken, in welk geval de Unie ook preventief kan optreden. Polen betwistte *in casu* dat er (een risico op) divergerend nationaal beleid zou zijn en wees erop dat de lidstaten onder de richtlijn enige discretie hebben in het invullen van de notie van kenmerkend aroma. Zo de lidstaten dit in de praktijk verschillend zouden invullen zou er uiteraard helemaal geen harmonisatie in de zin van artikel 114 VWEU gerealiseerd worden.

De processtrategie van Polen was er hier verder op gericht om te argumenteren dat de algemene regeling van artikel 7 van de richtlijn (waar mentholsigaretten onder vallen) niet rechtsgeldig zou zijn, omdat de voorwaarden voor artikel 114 VWEU specifiek voor mentholsigaretten niet vervuld zouden zijn. De advocaat-generaal spoedde zich om deze strategie de kiem in te smoren:

‘Een dergelijke “salamitactiek”, waarin ieder marktsegment dat naast de andere in een maatregel tot harmonisatie van de interne markt wordt geregeld, en wellicht zelfs afzonderlijke bestanddelen van producten apart worden beschouwd, moet van de hand worden gewezen.’<sup>6</sup>

De A-G gaf aan een uitzondering te kunnen maken indien de categorie van mentholsigaretten zich onderscheidt van andere product-categorieën, wat volgens haar evenwel niet het geval is.<sup>7</sup>

A-G Kokott identificeerde de relevante vraag vervolgens correct als volgt: ‘Waren er op het moment van de aanneming van de richtlijn verschillen tussen de nationale regelingen m.b.t. het gebruik van aroma’s in tabaksproducten die de handel tussen de lidstaten konden belemmeren?’ De oplossing van deze vraag volgt uit een feitenbeoordeling, waarbij de A-G vaststelde dat er inderdaad reeds verschillende regelingen waren uitgewerkt door de lidstaten voor wat betreft gearomatiseerde sigaretten (de relevante

vraag) en zelfs voor mentholsigaretten (de vraag die Polen had gesuggereerd).<sup>8</sup>

Aangezien het bestaan van divergerende nationale regelingen reeds werd bevestigd, was het onnodig om in te gaan op eventuele toekomstige divergerende regelingen, maar A-G Kokott merkte voor de volledigheid op dat zulke toekomstige ontwikkelingen ook waarschijnlijk waren, gelet op het niet-bindend advies van de Wereldgezondheidsorganisatie om gearomatiseerde tabaksproducten te verbieden.<sup>9</sup>

#### Subsidiariteit

Met zijn derde middel, dat logischerwijs aan het tweede voorafgaat,<sup>10</sup> argumenteerde Polen dat het verbod ook een schending inhoudt van het subsidiariteitsbeginsel. Artikel 5 lid 3 VEU schrijft voor dat de Unie, krachtens dit beginsel, enkel gebruik maakt van haar (niet-exclusieve) bevoegdheden indien en voor zover de lidstaten onvoldoende kunnen optreden om bepaalde beleidsdoelstellingen te realiseren en daarentegen de Unie het meer geschikte niveau is om op te treden. In se zijn er dus twee componenten aan het subsidiariteitsbeginsel van artikel 5 lid 3 VEU (nationale ontoereikendheid en grotere EU-efficiëntie), maar zoals in een eerdere bijdrage reeds werd opgemerkt houden beide zo nauw verband met elkaar dat ze in wezen samenvallen tot één vraag.<sup>11</sup> *In casu* argumenteerde Polen dat mentholsigaretten beter lokaal gereguleerd worden, gelet op de lokale verbruikspatronen van dit product. De EU-wetgever had dan onvoldoende aangetoond hoe de lidstaten tekortschieten en hoe de Unie het meer aangewezen niveau zou zijn.

De instellingen waren van mening dat de subsidiariteitskwestie is opgelost zodra de voorwaarden voor de aanwending van artikel 114 VWEU vervuld zijn. A-G Kokott wees erop dat beide inderdaad gelijkenissen vertonen, maar dat subsidiariteit toch apart moest beschouwd worden,<sup>12</sup> steunend op de fundamenteel verschillende functies van de beginselen van toewijzing en subsidiariteit: (i) is er een bevoegdheid en (ii) dient deze bevoegdheid uitgeoefend te worden.<sup>13</sup> Tegelijkertijd wees de A-G ook hier een zgn. salamitactiek van de hand: overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel zoals geformuleerd in artikel 5 lid 3 VEU moeten ‘de in de richtlijn neergelegde maatregelen worden beoordeeld tegen de achtergrond van de hiermee nagestreefde doelstellingen’.<sup>14</sup> Het argument van de A-G had nog overtuigender geweest indien ze nog dichter bij de tekst van artikel 5 lid 3 VEU was gebleven. Dit lid

sprekt immers niet van ‘maatregelen’, maar algemeen van ‘het overwogen optreden’. In dit licht kan men inderdaad argumenteren dat niet elke maatregel uit de richtlijn apart moet worden beoordeeld, maar dat ‘het optreden’, *in casu* op het gebied van productie, presentatie en verkoop van tabaksproducten (niet ‘mentholsigaretten’), in zijn totaliteit moet beoordeeld worden.

De A-G benadrukte verder dat deze beoordeling in de eerste plaats door de politieke instellingen moet gebeuren en dat enige rechterlijke toetsing noodzakelijkerwijze beperkt zal zijn.<sup>15</sup> Wel liet de A-G een interessante opening voor die Unierechtelijke handelingen die raken aan de nationale identiteit van de lidstaten, zoals beschermd onder artikel 4 lid 2 VEU.<sup>16</sup> Echter, aangezien tabaksproducten geen speciale plaats innemen in de Poolse nationale identiteit diende deze piste niet verder onderzocht te worden. De eigenlijke toetsing voorgesteld door de A-G was dan ook beperkt, hoewel de structuur in haar beoordeling van de ‘nationale ontoereikendheid’ nuttig kan zijn voor toekomstige politieke institutionele praktijk.

Volgens de A-G valt nationale ontoereikendheid immers uiteen in drie aspecten: (i) technische en financiële mogelijkheden van de lidstaten, (ii) eventuele nationale, regionale of lokale bijzonderheden en (iii) de al dan niet grensoverschrijdende draagwijdte van het aan te pakken probleem. In haar beoordeling ging de A-G enkel in op het derde aspect en ondermijnde ze haar eerdere differentiatie tussen de subsidiariteitsbeoordeling en de beoordeling van de toepassingsvoorwaarden van artikel 114 VWEU:

‘De opheffing van hinderpalen voor de grensoverschrijdende handel op de Europese interne markt – de centrale doelstelling van artikel 114 VWEU – is een uitstekend voorbeeld van maatregelen die op het niveau van de lidstaten over het algemeen niet voldoende kunnen worden verwezenlijkt.’<sup>17</sup>

Betekent dit dan niet dat indien aan de voorwaarden van artikel 114 VWEU voldaan is, de subsidiariteit van een optreden *ipso facto* is aangetoond? De A-G lijkt dit te bevestigen wanneer ze deze voorwaarden aanhaalt om de subsidiariteitsbezwaren van Polen af te wijzen:

‘In het onderhavige geval staat vast dat de markt van tabaksproducten wordt gekenmerkt door een levendige grensoverschrijdende handel, dat de regels van de lidstaten

inzake het gebruik van kenmerkende aroma's sterk uiteenlopen en dat die verschillen naar verwachting nog groter zullen worden.<sup>18</sup>

Bij de toetsing van de 'grotere EU efficiëntie' wijst de A-G erop dat moet aangetoond worden dat een EU-optreden voor een toegevoegde waarde zorgt en dit zowel in kwantitatief als kwalitatief opzicht: hoe meer burgers en bedrijven betrokken zijn en hoe groter de economische en politieke betekenis van de betrokken materie in het licht van de doelstellingen van de Unie, hoe sterker de zaak voor een EU-optreden. *In casu* kon de EU-wetgever dus geen kennelijke beoordelingsfout verweten worden wanneer deze zich op het standpunt stelde dat de productie, presentatie en verkoop van tabaksproducten een EU-optreden behoeven. Echter, onder artikel 5 lid 3 VEU is het subsidiariteitsbeginsel niet enkel belangrijk bij het bepalen of de Unie moet optreden, maar ook *hoever* dit optreden moet gaan. De A-G behandelt dit punt louter ondersteunend en merkt op dat de Unie niet alle aspecten van de materie behoeft te regelen en dat *in casu* de richtlijn inderdaad ook heel wat taken overlaat aan de lidstaten.

Wat ten slotte de motivering door de wetgever inzake subsidiariteit betreft, stelde de A-G zich op het punt dat de holle standaardformulering in overweging 60 van de richtlijn op zich onvoldoende is als adequate motivering,<sup>19</sup> maar dat uit de overige documentatie in het wetgevingsproces (met name de motivering bij het ontwerp van de Commissie) wel blijkt dat de instellingen voldoende rekening hebben gehouden met subsidiariteit.<sup>20</sup>

#### Evenredigheid

Onder het evenredigheidsbeginsel ten slotte argumenteerde Polen dat het verbod op de commercialisering van mentholsigaretten noch geschikt, noch noodzakelijk was om een hoog niveau van gezondheidsbescherming te waarborgen en dat de kosten van het verbod de mogelijke voordelen ver te boven gingen. Zo zou een verbod op mentholsigaretten niet bijdragen aan de volksgezondheid, aangezien consumenten simpelweg andere tabakswaaren zullen roken; zou de zwarte handel in mentholsigaretten toenemen en zouden minder ingrijpende maatregelen (minimumleeftijd, verbod op verkoop op afstand, aangepaste etikettering, enz.) eenzelfde effect kunnen sorteren. Ten slotte zouden de socio-economische gevol-

gen van een verbod voor de sector ook onevenredig zijn.

De A-G merkt op dat de wetgever ook hier beschikt over een beoordelingsmarge, waardoor enkel manifeste schendingen van het beginsel kunnen leiden tot een nietigverklaring.<sup>21</sup> De vraag aan de orde is dan of het verbod op verkoop van mentholsigaretten manifest ongeschikt, niet-noodzakelijk of disproportioneel was om de volksgezondheid te beschermen. In het licht hiervan wees de A-G ook op het belang van het voorzorgsbeginsel, dat beperkende maatregelen rechtvaardigt in geval van wetenschappelijke onzekerheid,<sup>22</sup> *in casu* van de gezondheids- en gewinningseffecten van gearomatiseerde sigaretten. Een en ander legt de lat heel hoog om aan te tonen dat een wettelijke regeling *manifest* onevenredig is.

Wat betreft de (on)geschiktheid van het verbod kon, logischerwijs, geen enkel argument van Polen de A-G overtuigen. Een opmerkelijk element in het betoog van Polen was evenwel dat het verbod zou leiden tot een groei in de zwarte handel.<sup>23</sup> Hoe dit de ongeschiktheid van een verbod kan aantonen is evenwel niet duidelijk. Er zullen immers altijd pogingen zijn om ge- en verboden te omzeilen, maar zolang het niet praktisch onmogelijk is om deze af te dwingen, zou een argument ontleend aan mogelijke verbodsomzeiling nooit kans op slagen mogen hebben.

Is een verbod op mentholsigaretten noodzakelijk om de volksgezondheid te beschermen? Ook hier vond de A-G geen kennelijke beoordelingsfout van de wetgever, gelet op het advies van de Wereldgezondheidsorganisatie om alle kenmerkende aroma's te verbieden in sigaretten.<sup>24</sup> Een uitzondering voor mentholsigaretten zou naar EU-recht bedenkelijk zijn, aangezien mentholsigaretten zich niet op speciale wijze onderscheiden,<sup>25</sup> en zou hierdoor ook in het vizier komen van het WTO-recht.<sup>26</sup> De minder verregaande maatregelen door Polen gesuggereerd konden vervolgens niet overtuigen aangezien de A-G ze niet even geschikt vond om een hoog niveau van gezondheidsbescherming te garanderen.<sup>27</sup>

Wat de evenredigheid in strikte zin betreft, rees de vraag of het verbod marktdeelnemers (boeren, producenten, enz.) disproportioneel hard zou treffen. De A-G wees dit van de hand door op te merken dat een waarde zoals menselijke gezondheid sowieso zwaarder weegt dan louter economische belangen,<sup>28</sup> en dat de negatieve gevolgen van een verbod op kenmerkende aroma's in sigaretten sowieso beperkt zouden zijn.<sup>29</sup> Het verbod

wordt daarbij ook verzacht door in een overgangperiode te voorzien, die het de betrokken marktdeelnemers toelaat de nodige maatregelen te treffen.<sup>30</sup>

#### Arrest van het Hof

##### Artikel 114 VWEU

In zijn beoordeling van het eerste middel vat het Hof aan met een overzicht van zijn bestaande rechtspraak: artikel 114 VWEU geeft enkel een bevoegdheid aan de Unie om nationale verschillen te harmoniseren indien deze verschillen de werking van de interne markt rechtstreeks beïnvloeden. Hierbij kan ook proactief geharmoniseerd worden en vormt het geen beletsel indien men zich bij de harmonisering laat leiden door overwegingen op grond van volksgezondheid. Artikel 114 VWEU geeft daarbij een grote beoordelingsmarge aan de wetgever om de meest geschikte harmonisatiemethode te kiezen.

Het Hof, net zoals de A-G, wees een differentiatie tussen menthol- en andere gearomatiseerde sigaretten van de hand, verwijzend naar het advies van de Wereldgezondheidsorganisatie dat pleitte voor een verbod op gearomatiseerde tabaksproducten, zonder onderscheid te maken tussen menthol- en andere sigaretten. De argumenten van Polen om deze alsnog te differentiëren konden het Hof net zomin als de A-G overtuigen. Hierna was het relatief eenvoudig, in het licht van zijn vorige rechtspraak, om de Poolse bezwaren op grond van artikel 114 VWEU van de hand te wijzen.

Net zoals de A-G oordeelde het Hof dat de correcte vraag in het licht van artikel 114 VWEU was of de verschillende nationale regelgevingen inzake gearomatiseerde tabaksproducten de (eventueel toekomstige) handel in tabaksproducten (en dus de interne markt) beïnvloeden.<sup>31</sup> Concreet toegepast merkte het Hof op dat de lidstaten reeds verschillende regelgeving hadden aangenomen en dat bij gebrek aan een EU-regeling deze trend zich waarschijnlijk zou verderzetten.<sup>32</sup> Een verbod op gearomatiseerde tabaksproducten is bijgevolg nuttig om het functioneren van de interne markt in tabaksproducten te vergemakkelijken.<sup>33</sup> Het risico dat de lidstaten elk een verschillende invulling zouden geven aan de notie 'kenmerkend aroma' waardoor de werking van de interne markt alsnog zou ondermijnd worden, was volgens het Hof ook voldoende opgevangen door de richtlijn zelf, die de Commissie de bevoegdheid geeft nadere uitvoerings- en

gedelegeerde handelingen vast te stellen (vgl. *supra*).

#### Subsidiariteit

Inzake subsidiariteit merkte het Hof op dat dit in eerste instantie gecontroleerd wordt door de politieke instanties en pas in tweede instantie door het Hof.

Net als de A-G bevestigde het Hof dat de richtlijn een tweeledige doelstelling nastreeft: het beter functioneren van de interne markt en het beschermen van de volksgezondheid met als specifieke doelgroep jongeren.<sup>34</sup> Daarbij gaf het Hof toe dat de lidstaten eventueel beter geplaatst zouden zijn om de doelstelling inzake volksgezondheid te realiseren,<sup>35</sup> maar dat dit ten koste zou gaan van de eerste doelstelling.<sup>36</sup> Gelet op hun verwevenheid is een optreden van de Unie dus op zijn plaats.<sup>37</sup> Zoals in een ander recent arrest bevestigde het Hof verder dat het subsidiariteitsbeginsel geen vergelijking met elk individueel lidstatelijk optreden verlangt,<sup>38</sup> maar enkel met het meer abstracte 'optreden op nationaal niveau'.<sup>39</sup> De specifieke situatie in een (groep van) individuele lidsta(t)en is dan niet van belang in een subsidiariteitstoets.

Net als de A-G ontweek het Hof de problematische summiere motivering door te wijzen op het studiewerk van de Commissie.<sup>40</sup> Aangezien Polen ook in de Raad betrokken was bij het wetgevend proces, oordeelde het Hof dat het als lidstaat de EU-wetgever niet kan verwijten hem niet in kennis gesteld te hebben van de gronden van het optreden.<sup>41</sup>

#### Evenredigheid

Inzake evenredigheid vatte het Hof zijn beoordeling aan door er, net als de A-G, op te wijzen, dat de Uniewetgever over een grote beoordelingsmarge beschikt, wat betekent dat enkel manifest onevenredige maatregelen aanleiding kunnen geven tot hun nietigverklaring.<sup>42</sup>

Daarbij oordeelde het Hof dat de maatregel niet manifest ongeschikt is om zijn dubbele doelstelling (interne markt en volksgezondheid) te realiseren: het laat een makkelijker vrij verkeer in tabaksproducten toe en het verhoogt de drempel om aan het roken te beginnen (door laagdrempeligere producten te verbieden).<sup>43</sup> Het argument van Polen dat mentholsigaretten niet echt aantrekkelijk zouden zijn voor jongeren werd daarbij verworpen, aangezien het Hof oordeelde dat de relevante vraag ook hier was of gearomatiseerde sigaretten aantrekkelijker zijn voor rokers (in het algemeen).<sup>44</sup> Ook het argu-

ment m.b.t. het risico op een groei in de zwarte handel wees het Hof af, verwijzend naar de bepalingen van de richtlijn inzake traceerbaarheid en het veiligheidskenmerk op verpakkingen die dit risico voldoende ondervangen.<sup>45</sup>

Voor wat betreft de noodzaak van een verbod, verwees het Hof eerst naar het duidelijke advies van de Wereldgezondheidsorganisatie<sup>46</sup> en wees het de voorstellen van Polen voor minder ingrijpende maatregelen van de hand.<sup>47</sup> De nagestreefde doelstelling lijkt hier evenwel te wijzigen. Zo verlangt het Hof dat Polen aantoonde dat er minder ingrijpende maatregelen zijn om gearomatiseerde tabaksproducten minder aantrekkelijk te maken, niet om de volksgezondheid te beschermen. In dit opzicht maakt een minimumleeftijd geen verschil en wijst het Hof verder op de makkelijke omzeilbaarheid van zo een maatregel.<sup>48</sup> Ook een simpel verbod op verkoop op afstand, maakt gearomatiseerde tabaksproducten niet minder aantrekkelijk.<sup>49</sup> Tot slot kon het voorstel voor een aangepaste etikettering, erop wijzend dat gearomatiseerde sigaretten even schadelijk zijn als gewone sigaretten, niet overtuigen aangezien het niet even doeltreffend is als een verbod.<sup>50</sup>

Wat de proportionaliteit in strikte zin betreft, volgde het Hof ook de A-G: de wetgever had rekening gehouden met de negatieve effecten van een verbod op de economische belangen van verschillende marktdeelnemers en had juist hierdoor voorzien in een overgangperiode.<sup>51</sup> Uit de niet-betwiste effectenbeoordeling van de Commissie bleek verder dat de totale consumptie aan sigaretten (gedurende de eerste vijf jaar) slechts licht zou dalen door het verbod.<sup>52</sup>

#### Bespreking

##### Artikel 114 VWEU

*Polen/Parlement en Raad* is de nieuwste toevoeging aan het rijtje zaken waarin de geldigheid van het EU-optreden m.b.t. tabaksproducten aan de orde is.<sup>53</sup> In die zin vertoont de zaak enige gelijkenissen met de zaken *Swedish Match* en *Arnold André*, gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen over de geldigheid op het verbod op de verkoop van snus (zuigtabak).<sup>54</sup> Dit verbod was neergelegd in de voorloper van de huidige richtlijn (vgl. *supra*) en werd opnieuw overgenomen<sup>55</sup> en in de huidige richtlijn gecomplementeerd met een verbod op tabaksproducten met een kenmerkend aroma.

In het licht van deze eerdere zaken, was het oordeel van het Hof m.b.t. de gebruikte

rechtsbasis weinig verbazend. In *Swedish Match* (en *Arnold André*) had het Hof immers reeds geoordeeld dat een passende maatregel onder artikel 114 VWEU erin kon bestaan 'dat de verhandeling van een product of van bepaalde producten voorlopig of voorgoed wordt verboden'.<sup>56</sup> De positie van mentholsigaretten anno 2014 is dan sterk gelijkaardig aan die van snus in 2001: een nichemarkt waarin lidstaten verschillend beginnen te reguleren en waarvan gevreesd wordt dat het product een opstap zou zijn naar meer klassieke tabaksproducten, voornamelijk voor jongere consumenten. De voorwaarden voor de aanwending van artikel 114 VWEU werden dan duidelijk vervuld. Wat daarentegen betwifelbaar blijft is de vraag hoe een op zichzelf staand verbod<sup>57</sup> op een bepaald product zou kunnen bijdragen 'aan het verbeteren van de voorwaarden voor de instelling en werking van de interne markt'.<sup>58</sup> Wyatt wees om die reden de redenering van het Hof in *Swedish Match* op dit punt af.<sup>59</sup> In een eerder nummer van *SEW* was Vandamme daarentegen overtuigd door de redenering van A-G Geelhoed in *Swedish Match*: een verbod op snus verbetert de markt in tabaksproducten doordat problemen inzake toezicht en naleving verminderen.<sup>60</sup> Hierbij gaf Vandamme meteen aan dit evenwel enkel zo is bij nieuwsoortige producten (zoals ook mentholsigaretten), zo niet zou de verbodsomzeiling dermate groot zijn dat het verbod juist meer problemen inzake toezicht en naleving creëert.<sup>61</sup> Op het eerste gezicht kan zo een redenering overtuigend overkomen, maar ze staat of valt met de daadwerkelijke vergemakkelijking van het toezicht op de naleving, hetgeen kwalificeer- en kwantificeerbaar zou moeten zijn. Voor zover zo een (significante) verbetering niet concreet wordt aangetoond, lijkt een op zichzelf staand verbod moeilijk realiseerbaar onder artikel 114 VWEU, hoewel het Hof in *Polen/Parlement en Raad* dus opnieuw in tegengestelde zin heeft geoordeeld. Minder controversieel is de verworping door het Hof van de suggestie van Polen dat een verbod op mentholsigaretten zou getoetst moeten worden, i.p.v. het verbod op tabaksproducten met kenmerkende aroma's. Het opdelen van een bepaalde maatregel in verschillende submaatregelen die dan telkens het onderwerp kunnen vormen van rechterlijke toetsing zou de effectiviteit van het wetgevend (en ook het rechterlijk) optreden ondermijnen. In *casu* zou het ook een coherente maatregel (van toepassing op alle tabaksproducten met kenmerkend aroma) artificieel opgedeeld hebben, waarbij de A-G

correct aangaf dat een opdeling enkel gerechtvaardigd zou zijn indien mentholsigaretten zich onderscheiden van andere gearomatiseerde sigaretten. Hierbij moet ook nog verwezen worden naar de tweede *tabaksreclamezaak*, waarin het Hof opmerkte dat:

‘[v]oor een beroep op artikel [114 VWEU] als rechtsgrondslag (...) immers niet vereist [is], dat in elke situatie die valt onder een op deze grondslag gebaseerde handeling een daadwerkelijk verband met het vrije verkeer tussen de lidstaten bestaat. Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, is het ter rechtvaardiging van het gebruik van artikel [114 VWEU] als rechtsgrondslag van belang dat de op die grondslag vastgestelde handeling daadwerkelijk tot doel heeft de voorwaarden voor de instelling en de werking van de interne markt te verbeteren.’<sup>62</sup>

*In casu* was er zelfs voor mentholsigaretten een verband met het vrij verkeer (en niet enkel voor gearomatiseerde sigaretten), hoewel de vraag blijft hoe een verbod bijdraagt tot de verbetering van de interne markt.

Het argument van Polen als zouden verschillen tussen de lidstaten m.b.t. de invulling van de notie ‘kenmerkend aroma’ de harmonisatie ongedaan maken was daarbij interessanter. Echter ook hier oordeelde het Hof correct dat dit risico opgevangen is door uitvoerings- en gedelegeerde bevoegdheden aan de Commissie toe te kennen. Zoals hieronder blijkt is de wetgevingstechniek op dit punt een goed voorbeeld van hoe subsidiariteit in de praktijk kan gebracht worden.

#### Subsidiariteit

De conclusie van de A-G en het arrest van het Hof tonen nogmaals aan hoe weinig bruikbaar het subsidiariteitsbeginsel bij de rechterlijke toetsing van wetgevende handelingen is. Beide merken correct op dat het beginsel in de eerste plaats in de politieke arena moet afgedwongen worden en pas in tweede instantie voor het Hof. Hier kan men zich echter de vraag stellen hoe het Hof in een subsidiariteitstoets tot een negatief oordeel kan komen, indien de wetgevende handeling gesteund wordt door een *gekwalficeerde meerderheid* van de lidstaten. De mogelijkheid die werd geïdentificeerd door de A-G lijkt ook voornamelijk theoretisch: indien de nationale identiteit van een lidstaat werkelijk in het geding is, zullen de andere lidstaten zeker terughoudend zijn om een EU-initiatief door te duwen.

Een rechterlijke toetsing is dus geen alternatief voor een politieke subsidiariteitstoets. Tekortkomingen in deze laatste moeten dus op politiek niveau aangepakt worden en niet voor de rechter. De meer gedetailleerde aanwijzingen van de A-G kunnen zoals gezegd wel nuttig zijn voor een meer gestructureerde politieke toetsing. De meest recente (derde) gele kaart voor het Commissievoorstel m.b.t. detachering kan zich dan lenen tot een toepassing.<sup>63</sup> In een eerder nummer van *SEW* werd immers gewezen op de, tot dusver, weinig bevredigende praktijk bij de politieke subsidiariteitstoets.<sup>64</sup> Hierbij kan opgemerkt worden dat de Commissie eenzelfde salamitactiek, door de A-G van de hand gewezen, hanteert, zij het niet voor wat betreft de maatregelen, maar wel voor de doelstellingen.<sup>65</sup> Subsidiariteit kan immers gezien worden als federale evenredigheid,<sup>66</sup> waarbij maatregelen en doelstellingen in verhouding moeten staan. Hoe abstracter de maatregelen en concreter de doelstellingen, hoe makkelijker het is om de subsidiariteit van een EU-optreden aan te tonen. Hoe concreter de maatregelen en hoe abstracter de doelstellingen, hoe makkelijker het is het om aan te tonen dat een EU-optreden niet strookt met de subsidiariteit. Dit toont nogmaals aan hoeveel macht de instantie (Commissie, Hof van Justitie, enz.) heeft die verantwoordelijk is voor de identificatie van maatregelen en doelstellingen. De toetsing door het Hof werpt verder een aantal vragen op. Onder een strikte lezing van artikel 114 VWEU kan een richtlijn slechts één doelstelling nastreven (interne markt), zij het dat de wetgever ook verplicht is een hoog niveau van volksgezondheid te verzekeren en dat bij de te maken keuzen volksgezondheid zelf doorslaggevend kan zijn.<sup>67</sup> Zoals in de inleiding aangehaald stellen de instellingen (en ook de rechtsleer) zich hierbij vaak op de lijn dat een richtlijn onder artikel 114 VWEU ook volksgezondheid als doelstelling kan hebben. Wanneer het Hof (en ook de A-G) dan de subsidiariteit nagaat, verwijst het naar een dubbele verweven doelstelling, interne markt en volksgezondheid, waarbij een mogelijke schending van het subsidiariteitsbeginsel onder de ene doelstelling (volksgezondheid) in elk geval gered wordt door de noodzaak tot een EU-optreden voor de andere doelstelling. Deze oplossing lijkt weinig bevredigend en kan vermeden worden indien de lijn wordt aangehouden dat een maatregel op grond van artikel 114 VWEU slechts één doelstelling kan hebben (interne markt) die evenwel zo moet uitgewerkt worden dat, conform arti-

kel 114 lid 3 VWEU, een hoog beschermingsniveau van volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming gevrijwaard blijft (of wordt).<sup>68</sup>

Indien aangetoond wordt dat een verbod dan bijdraagt aan het functioneren van de interne markt (wat *in casu* dus betwifelbaar lijkt, vgl. *supra*), hoeft de maatregel die tevens een hoog niveau van gezondheidsbescherming moet nastreven (overeenkomstig artikel 114 lid 3 VWEU) niet getoetst te worden in het licht van de subsidiariteit (zie verder).

In zijn arrest worstelt het Hof minder dan de A-G met de problematische wisselwerking tussen de toepassingsvoorwaarden van artikel 114 VWEU en de subsidiariteit. De A-G wil deze strikt gescheiden houden gelet op de verschillende functies van het beginsel van toegewezen bevoegdheden en het subsidiariteitsbeginsel, maar bij de toetsing van het subsidiariteitsbeginsel merkt ze op dat de opheffing van hindernissen voor de intra-EU-handel (de doelstelling van artikel 114 VWEU) het voorbeeld bij uitstek is van een doelstelling die de lidstaten niet individueel kunnen realiseren. De (correcte) conclusie die daaruit volgt is dat een maatregel die correct is aangenomen op grond van artikel 114 VWEU *ipso facto* conformeert aan het subsidiariteitsbeginsel. In se volgt dit simpelweg uit het gegeven dat het harmoniseren van nationale wetgeving (onder artikel 114 VWEU), naar zijn aard een exclusieve bevoegdheid van de Unie is, hoewel het Hof in *British American Tobacco* oordeelde dat de bevoegdheid onder artikel 114 VWEU niet exclusief is (zoals ook jammerlijk gecodificeerd in het Verdrag van Lissabon).<sup>69</sup> In dat arrest stelde het Hof dat het subsidiariteitsbeginsel van toepassing was ‘aangezien [artikel 114 VWEU] [de wetgever] geen exclusieve bevoegdheid verleent om de economische activiteiten in de interne markt te reglementeren.’<sup>70</sup> De denkfout hier is duidelijk: in de eerste *Tabaksreclamezaak* had het Hof immers al verduidelijkt dat artikel 114 VWEU geen algemene regelgevende bevoegdheid aan de Unie verleent (laat staan een exclusieve). Aangezien die algemene bevoegdheid dus überhaupt niet bestaat is het nonsensicaal om het subsidiariteitsbeginsel erop toe te passen. De *harmoniseringsbevoegdheid* (i.p.v. *reguleringsbevoegdheid*) die de Unie wel toegekend is onder artikel 114 VWEU is daarentegen wel exclusief aangezien de lidstaten individueel niet kunnen harmoniseren. De inhoudelijke toetsing van het subsidiariteitsbeginsel door het Hof in *Polen/Parlement en Raad* bevestigt dit opnieuw: eenmaal vastgesteld dat de Unie

(harmoniserend) optreedt ter verbetering van de interne markt (toepassing van artikel 114 VWEU) is elk lidstatelijk verweer op grond van het subsidiariteitsbeginsel bij voorbaat verloren.

Tot slot moet gewezen worden op een, in het licht van het subsidiariteitsbeginsel, interessante wetgevende techniek die aangewend werd in Richtlijn 2014/40/EU en die het Hof deed besluiten, in zijn toetsing van de rechtsbasis, dat er geen risico bestond op divergerende nationale maatregelen ter uitvoering van het in de richtlijn neergelegde verbod: conform het subsidiariteitsbeginsel (dat zowel van toepassing is op wetgevende als op uitvoerende bevoegdheden) is de Unie beperkt opgetreden door het neerleggen van een verbod op tabaksproducten met kenmerkend aroma en laat ze het aan de lidstaten om concrete producten te verbieden. Hierdoor ontstaat er een risico dat bepaalde producten door de ene lidstaat wel verboden worden, maar door een andere lidstaat niet omdat beide lidstaten geen identieke invulling geven aan 'kenmerkend aroma'. Artikel 7 van de richtlijn is dan op zo een wijze uitgewerkt dat (pas?) in zulke situaties de Commissie een (uitzonderlijke) uitvoeringsbevoegdheid krijgt om voor de gehele interne markt een tabaksproduct te kwalificeren als hebbende een kenmerkend aroma (waarna de lidstaten de handel in dit product moeten verbieden). Dit is in lijn met het pleidooi van Schütze om subsidiariteit ook een betekenis te geven in de uitvoerende sfeer: daar waar de EU-wetgever vrij is om uitvoeringsbevoegdheden toe te kennen aan de Commissie onder artikel 291 VWEU, zou de Commissie ze niet onmiddellijk mogen gebruiken, maar enkel indien de uitvoeringspraktijk van de lidstaten tot divergente maatregelen leidt en er dus uniforme voorwaarden moeten opgelegd worden.<sup>71</sup> Artikel 7 van de richtlijn laat inderdaad zo een *modus operandi* toe.

#### Evenredigheid

Wat betreft de evenredigheidstoets van het Hof kan tot slot ook gewezen worden op een enigszins flexibel omspringen met wat nu juist de doelstelling van het wetgevend optreden was. Eerst merkt het Hof op dat het hier om een tweeledig doel gaat: interne markt en de 'bescherming van de volksgezondheid, met name voor jongeren'.<sup>72</sup> Mocht hier niet geopteerd worden voor een dubbele doelstelling dan zou het moeilijker zijn om in ernst te beweren dat een verbod op een product het vrij verkeer bevordert (vgl. *supra*). Verder wordt het argument van Polen dat jongeren

niet aangetrokken zijn tot mentholsigaretten alsnog afgewezen omdat eigenlijk moet gekeken worden naar gearomatiseerde sigaretten in het algemeen en omdat *alle* consumenten moeten beschermd worden, niettegenstaande de doelstelling *met name* gericht is op jongeren. Een en ander is verwarrend want de reden dat enkel sigaretten (en roltabak), maar niet sigaren, cigarillo's en pijptabak onder het verbod vallen is juist omdat de tweede groep voornamelijk door ouderen wordt geconsumeerd.<sup>73</sup>

Wanneer de alternatieve maatregelen voorgesteld door Polen worden beoordeeld, verandert de doelstelling opnieuw (licht). Zoals correct door de A-G aangehaald, toont een alternatieve maatregel enkel de niet-noodzakelijkheid van een gekozen maatregel aan indien hij even geschikt is om de doelstelling te bereiken.<sup>74</sup> Uit de beoordeling van het Hof blijkt dat de doelstelling hier niet meer het abstracte 'beschermen van de volksgezondheid' is, maar wel 'het minder aantrekkelijk maken van gearomatiseerde tabaksproducten'. Opnieuw betekent dit dat elk verweer (nu op grond van evenredigheid) bij voorbaat verloren is, want wat is er geschikter om een product of activiteit minder aantrekkelijker te maken dan een verbod erop? Daar kan geen etiket, leeftijdslimiet of andere verkoopmodaliteit tegen op.

#### Concluderende opmerkingen

De uitkomst in de zaak *Polen/Parlement en Raad* hoeft niet te verbazen, maar de wijze waarop het Hof en de A-G ertoe komen blijft geplaagd door persistente ambigüiteiten inzake de rechtsbasis van artikel 114 VWEU en de juridische toetsing van het subsidiariteitsbeginsel (en in mindere mate het evenredigheidsbeginsel). Concreet vertaalt dit zich in een weinig transparante manier om te bepalen wat de doelstelling(en) van de richtlijn is (of zijn).

Zijn er legitieme doelstellingen buiten de interne markt die men kan nastreven onder artikel 114 VWEU? Moeten dwingende vereisten van algemeen belang (zoals gezondheidsbescherming) gezien worden als zulke doelstellingen of eerder als daadwerkelijke vereisten waar de wetgever mee rekening moet houden bij het uitwerken van wetgeving? Deze lezing van artikel 114 VWEU zou de focus weer op het handelsfaciliterend optreden leggen en onderstreept de noodzaak om aan te tonen hoe een bepaalde maatregel (*in casu* een verbod) de werking van de interne markt verbetert.

Azoulai pleit er daarentegen voor om te erkennen dat harmonisatie zowel een interne-

markt- als een reguleringsdoelstelling nastreeft. En dat harmonisatie dus niet louter in termen van handelsfacilitering mag gerechtvaardigd worden. In dit opzicht merkt hij terecht op:

'The current legal and political discourse lacks a set of clear justifications for engaging in (...) re-regulation, as well as a set of criteria to measure the appropriateness of the justification in each individual case. The arguments used or implied in the current practice are often not clearly identified and remain under-debated.'<sup>75</sup>

Het gevolg daarvan is dat de toetsing door het Hof, die altijd marginaal zal zijn, de voorstanders van een duidelijke invulling van de beginselen van toegewezen bevoegdheden, subsidiariteit en evenredigheid, op hun honger laat.

*Polen/Parlement en Raad* toont verder aan hoe de Unie onder artikel 114 VWEU toch exclusief bevoegd is om harmoniserend op te treden. Dit heeft evidente repercussies voor een subsidiariteitstoets die ook in deze zaak bevestigd worden. In elk geval toont deze zaak opnieuw aan dat subsidiariteit enkel tot haar recht kan komen in de politieke arena en niet thuishoort voor een rechter. Tot slot kan nog gewezen worden op het belang, in deze zaak, van de richtsnoeren van de Wereldgezondheidsorganisatie die, hoewel niet-bindend, toch een 'bijzondere bewijskracht'<sup>76</sup> hebben waar het Hof in belangrijke mate op steunt om de evenredigheid van de maatregel te beoordelen.

M. Chamon<sup>77</sup>

#### Voetnoten

- 1 Zie Richtlijn 2014/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, de presentatie en de verkoop van tabaks- en aanverwante producten en tot intrekking van Richtlijn 2001/37/EG, *PbEU* 2014, L 127/1 (eigen cursivering).
- 2 De productcategorieën zijnde dus sigaretten of roltabak aangezien andere categorieën vrijgesteld zijn van het verbod, tenzij de Commissie overeenkomstig artikel 7 lid 12 een gedelegeerde handeling aanneemt die het verbod uitbreidt.
- 3 Zie HvJ EU, C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38 (UK Limited)*); HvJ EU, C-547/14, ECLI:EU:C:2015:853 (*Philip Morris*).
- 4 Conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 41 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 5 HvJ EG, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, r.o. 83 (*Duitsland/Parlement en Raad*).

- 6 Conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 47 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 7 *Ibid.*, punt 48-57.
- 8 *Ibid.*, punt 58-65.
- 9 *Ibid.*, punt 73-82.
- 10 In zijn tweede middel riep Polen het evenredigheidsbeginsel in, maar bij een bevoegdheidsuitoefening van de Unie gaat het subsidiariteitsbeginsel het evenredigheidsbeginsel logischerwijs vooraf: eerst moet nagegaan worden of (en in hoeverre) de Unie dient op te treden, nadien pas hoe de Unie moet optreden.
- 11 M. Chamon, 'Eerste toepassingen van de subsidiariteitstoets', *SEW* 2014, afl. 6, p. 278-279.
- 12 Conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 143 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 13 *Ibid.*, punt 144.
- 14 *Ibid.*, punt 15 (cursivering in origineel). Hoewel de A-G zowel de maatregelen als de doelstellingen benadrukt, verwijst artikel 5 lid 3 VEU enkel naar doelstellingen en niet naar maatregelen.
- 15 Conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 146-147 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 16 *Ibid.*, punt 148.
- 17 *Ibid.*, punt 154.
- 18 *Ibid.*, punt 159.
- 19 Het relevante deel van deze overweging luidt: 'Daar de doelstellingen van deze richtlijn, namelijk de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de productie, presentatie en verkoop van tabaksproducten en aanverwante producten, niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang en gevolgen ervan beter door de Unie kunnen worden verwezenlijkt, kan de Unie overeenkomstig het in artikel 5 VEU neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen.'
- 20 Conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 182 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 21 *Ibid.*, punt 89.
- 22 *Ibid.*, punt 92-98.
- 23 *Ibid.*, punt 105.
- 24 *Ibid.*, punt 114-115.
- 25 *Ibid.*, punt 112.
- 26 *Ibid.*, punt 116.
- 27 *Ibid.*, punt 118-123.
- 28 *Ibid.*, punt 130.
- 29 *Ibid.*, punt 131-132.
- 30 *Ibid.*, punt 133.
- 31 HvJ EU, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, r.o. 56 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 32 *Ibid.*, r.o. 57-61.
- 33 *Ibid.*, r.o. 64.
- 34 *Ibid.*, r.o. 116.
- 35 *Ibid.*, r.o. 117.
- 36 *Ibid.*
- 37 *Ibid.*, r.o. 118. De redenering en verwoording door het Hof is hier identiek aan de redenering in een andere recente zaak waarin de subsidiariteit van een wetgevend handeling door een lidstaat werd aangevochten. Zie HvJ EU, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, r.o. 47 (*Estland/Parlement en Raad*).
- 38 HvJ EU, C-508/13, ECLI:EU:C:2015:403, r.o. 54 (*Estland/Parlement en Raad*).
- 39 De Commissie hanteert het subsidiariteitsbeginsel ook in die zin. Zie M. Chamon, 'Eerste toepassingen van de subsidiariteitstoets', *SEW* 2014, afl. 6, p. 279.
- 40 HvJ EU, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, r.o. 123 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 41 *Ibid.*, r.o. 125.
- 42 *Ibid.*, r.o. 79.
- 43 *Ibid.*, r.o. 81-82.
- 44 *Ibid.*, r.o. 84-86.
- 45 *Ibid.*, r.o. 88.
- 46 *Ibid.*, r.o. 90.
- 47 *Ibid.*, r.o. 92.
- 48 *Ibid.*, r.o. 93.
- 49 *Ibid.*, r.o. 94.
- 50 *Ibid.*, r.o. 95.
- 51 *Ibid.*, r.o. 100.
- 52 *Ibid.*, r.o. 101.
- 53 Zie HvJ EG, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 (*Duitsland/Parlement en Raad*); HvJ EG, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 (*British American Tobacco*); *infra* noot 54.
- 54 Zie HvJ EG, C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800 (*André Arnold*); HvJ EG, C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802 (*Swedish Match*). Voor een bespreking van deze zaken, zie Thomas Vandamme, 'Zaak C-434/02, Arnold André GmbH & Co. t. Landrat des Kreises Herford, en zaak C-210/03 The Queen, ex parte Swedish Match AB en Swedish Match UK Ltd t. Secretary of State for Health', *SEW* 2005, afl. 5.
- 55 Zie artikel 17 Richtlijn 2014/40/EU.
- 56 HvJ EG, C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802, r.o. 34 (*Swedish Match*).
- 57 Een en ander ligt verschillend indien een verbod het resultaat is van de niet-conformiteit van een product aan de in de richtlijn opgelegde standaard.
- 58 HvJ EG, C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, r.o. 83 (*Duitsland/Parlement en Raad*).
- 59 Derrick Wyatt, 'Community Competence to Regulate the Internal Market', in: Michael Dougan & Samantha Curie (red.), *50 years of the European treaties – looking back and thinking forwards*, Oxford: Hart Publishing 2009, p. 115-121.
- 60 Zie conclusie van A-G L.A. Geelhoed in C-434/02, ECLI:EU:C:2004:802, punt 79 (*Arnold André*).
- 61 Thomas Vandamme, 'Zaak C-434/02, Arnold André GmbH & Co. t. Landrat des Kreises Herford, en zaak C-210/03 The Queen, ex parte Swedish Match AB en Swedish Match UK Ltd t. Secretary of State for Health', *SEW* 2005, afl. 5, p. 232.
- 62 HvJ EG, C-380/03, ECLI:EU:C:2006:772, r.o. 80 (*Duitsland/Parlement en Raad*).
- 63 Voor het voorstel van de Commissie, zie COM(2016)128 def.
- 64 M. Chamon, 'Eerste toepassingen van de subsidiariteitstoets', *SEW* 2014, afl. 6, p. 280-282.
- 65 *Ibid.*, p. 280.
- 66 Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, Oxford: OUP 2009, p. 262-263.
- 67 Dit laatste is deel van de vaste rechtspraak van het Hof. Van den Brink concludeert hieruit dat het hoofddoel van een maatregel aangenomen op grond van artikel 114 VWEU niet meer het verbeteren van het functioneren van de interne markt hoeft te zijn, maar dit volgt niet noodzakelijkerwijs uit de stelling van het Hof. Zie Anton van den Brink, 'De begrenzing van de bevoegdheden van de Europese Unie als een gedeelde constitutionele opdracht', *SEW* 2014, afl. 6, p. 268. Dat volksgezondheid doorslaggevend kan zijn bij het maken van keuzen over hoe de interne markt geoptimaliseerd kan worden, hoeft niet te betekenen dat volksgezondheid ook een hoofddoelstelling wordt, wel dat de Uniewetgever verplicht is een hoog niveau van volksgezondheid te integreren in de maatregel. Hoewel Weatherill zelf zich niet duidelijk achter dit punt schaart, merkt hij terecht op: '[t]he threshold (...) that a measure adequately contribute to improving the conditions for the establishment and functioning of the internal market must be crossed before any question about the quality of the European-level protective regime may be (and must be) addressed.' Zie Stephen Weatherill, 'Supply of and demand for internal market regulation: strategies, preferences and interpretation', in: Niamh Nic Shuibne (red.), *Regulating the internal market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 53.
- 68 De Witte (p. 72-73) wijst in dit opzicht op een arrest van het Hof dat één maand na de eerste *tabaksreclamezaak* is gewezen en waarin het Hof verduidelijkt dat de EU-wetgever rekening moet houden met dwingende vereisten van algemeen belang wanneer hij aan harmonisatie doet. Zie HvJ EG, C-168/98, ECLI:EU:C:2000:598, r.o. 32 (*Luxemburg/Parlement en Raad*). In het licht van artikel 114 VWEU is het dan nuttig de juridische fictie aan te houden dat de wetgever de dwingende vereisten van algemeen belang niet als doelstelling nastreeft, maar er op gepaste wijze rekening mee houdt. Voor een verdere discussie over non-market values bij harmonisatie, zie Bruno de Witte, 'Non-market values in internal market legislation', in: Niamh Nic Shuibne (red.), *Regulating the internal market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 61-86.
- 69 Maletić wijst in dit verband op de conclusie van A-G Fennelly in de eerste *tabaksreclamezaak* die de bevoegdheid onder artikel 114 VWEU inderdaad als exclusief kwalificeerde. Zie Isidora Maletić, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 51; Conclusie van A-G N. Fennelly in C-376/98, ECLI:EU:C:2000:324, punt 142 (*Duitsland/Parlement en Raad*).
- 70 Zie HvJ EG, C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, r.o. 179 (*British American Tobacco*).
- 71 Zie Robert Schütze, "Delegated" Legislation in the (new) European Union: A Constitutional Analysis', (2011) 74 *The Modern Law Review* 5, p. 691.
- 72 HvJ EU, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, r.o. 80 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 73 Zie het oorspronkelijk voorstel van de Commissie, COM(2012)788 def., p. 6.
- 74 Zie conclusie van A-G J. Kokott in C-358/14, ECLI:EU:C:2015:848, punt 119 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 75 Loïc Azoulay, 'The Complex Weave of Harmonization', in: Anthony Arnall & Damien Chalmers (red.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford: OUP 2015, p. 599.
- 76 HvJ EU, C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, r.o. 85 (*Polen/Parlement en Raad*).
- 77 Dr. Merijn Chamon is doctor-assistent aan de vakgroep Europees, Publiek en Internationaal Recht en verbonden aan het Ghent European Law Institute, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence).